



## A New Perspective on the Nature of Joint and Several Guarantee Agreements Based on the Contractual Obligation to Pay

Hamed Managhebi<sup>1</sup>  | Alireza Fasihizadeh<sup>2</sup> 

1. PhD Student, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: [managhebih@ase.ui.ac.ir](mailto:managhebih@ase.ui.ac.ir)

2. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: [fasihizadeh@ase.ui.ac.ir](mailto:fasihizadeh@ase.ui.ac.ir)

### Abstract

Most legal scholars believe that joint guarantee means the addition of the guarantor's obligation to that of the debtor and has a nature similar to the transfer of obligation. However, the Civil Code, in Article 723, defines joint liability as the guarantor's commitment to pay the debt, rather than the addition of their obligation to that of the debtor. Moreover, accepting joint liability as an addition of obligations contradicts the Civil Code, which is based on the prevailing opinions of the Ja'fari jurisprudence. According to Article 698 of the law, the effect of a guarantee is to release the debtor from obligation and to encumber the guarantor's obligation.

Additionally, establishing a debt on the obligations of two individuals contradicts the principle that fictional matters must follow the logical relationships governing real matters and requires specific evidence; however, there is no such evidence in this regard.

This article, considering the jurisprudential foundations regarding guarantee and the Civil Code's approach to joint liability, demonstrates that every debt includes two aspects: one is the encumbrance of the debtor's obligation by the debt, and the other is the debtor's commitment to pay the debt. In joint guarantee, the guarantor, without taking on the debt, is merely committed to paying it. This theory conforms to the concept of "customary guarantee" proposed by some recent Ja'fari jurists. Such a contract is valid based on general principles such as "fulfill your contracts" and fully complies with Articles 699 and 723 of the Civil Code, which recognize it as an obligation to pay.

**Keywords:** Obligation to pay, Joint liability, Debt, Customary guarantee, Commitment.

**Cite this article:** Managhebi, H., & Fasihizadeh, A. (2025). A New Perspective on the Nature of Joint and Several Guarantee Agreements Based on the Contractual Obligation to Pay. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 57 (2), 301-317. (in Persian)

**Publisher:** University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.379814.669706>



**Article Type:** Research Paper

**Received:** 31-Aug-2024

**Received in revised form:** 14-Nov-2024

**Accepted:** 17-Nov-2024

**Published online:** 8-Mar-2025

## نگرشی نو به ماهیت عقد ضمان تضامنی بر مبنای التزام به تأدیة

حامد مناقبی<sup>۱</sup> | علیرضا فصیحی زاده<sup>۲</sup> ✉

۱. دانشجوی دکترا، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: [managhebih@ase.ui.ac.ir](mailto:managhebih@ase.ui.ac.ir)

۲. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: [fasihzadeh@ase.ui.ac.ir](mailto:fasihzadeh@ase.ui.ac.ir)

### چکیده

اغلب حقوق دانان معتقدند ضمان تضامنی به معنای انضمام ذمه ضامن به مدیون است و دارای ماهیت واحد با ضمان نقل ذمه به ذمه است. باوجود این، قانون مدنی از یک طرف در ماده ۷۲۳، تضامن را به معنای التزام ضامن به تأدیة دین دانسته نه انضمام ذمه او به مدیون و از طرف دیگر، پذیرش تضامن به معنای انضمام ذمه، با قانون مدنی که مبتنی بر نظر مشهور فقیهان امامیه تدوین شده مخالف است؛ زیرا طبق ماده ۶۹۸ قانون اثر ضمان برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن است. به علاوه استقرار دین بر ذمه دو نفر امری خلاف قاعده تبعیت امور اعتباری از روابط منطقی حاکم بر امور واقعی بوده و مستلزم دلیل است؛ درحالی که در این خصوص دلیلی نیست. در این مقاله با توجه به مبانی فقهی موجود در باب ضمان و رویکرد قانون مدنی در مورد تضامن، روشن می شود هر دین دربرگیرنده دو مرتبه است، یکی اشتغال ذمه مدیون به آن دین که ظرف آن «ذمه» مدیون است و دیگری تعهد مدیون به پرداخت دین که ظرف آن «عهده» مدیون است. در ضمان تضامنی، ضامن بدون آنکه دین را بر ذمه بگیرد، صرفاً متعهد به پرداخت آن می شود. این نظریه منطبق با «ضمان عرفی» است که توسط برخی از فقهای متأخر امامیه مطرح شده و چنین عقدی بر اساس عموماتی چون «افوا بالعقود» صحیح است و کاملاً منطبق با مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی است که قانون مدنی آن را به عنوان التزام به تأدیة شناسایی نموده است.

**کلیدواژه‌ها:** التزام به تأدیة، تضامن، ذمه، ضمان عرفی، عهده.

**استناد:** مناقبی، حامد، و فصیحی زاده، علیرضا (۱۴۰۳). نگرشی نو به ماهیت عقد ضمان تضامنی بر مبنای التزام به تأدیة. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۷ (۲)، ۳۰۱-۳۱۷.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۱۰

© نویسندگان

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.379814.669706> بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۲۴

پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۷

انتشار: ۱۴۰۳/۱۲/۱۸



## مقدمه

درحالی که ماده ۶۹۸ قانون مدنی اثر عقد ضمان را برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن می‌داند؛ قانون تجارت در مواد ۴۰۲ الی ۴۱۱ به طرح عقد ضمان به منظور توثیق دیون و تعهدات پرداخته است. مسئله اطمینان طرفین به یکدیگر در انجام تعهدات صرفاً دغدغه قانون‌گذار نبوده و فقهای امامیه پیش از آن، به این موضوع نظر داشته‌اند. هرچند فقهای امامیه اثر عقد ضمان را سقوط دین از ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن در برابر مضمون له دانسته و شرط خلاف آن را باطل می‌دانند؛ اما به منظور پاسخ به مسئله یاد شده، به طرح عقد جدیدی تحت عنوان «ضمان عرفی» پرداخته و آن را در برابر «ضمان مصطلح» که منطبق با همان عقد ضمانی است که در قانون مدنی مطرح شده، تعریف و تحلیل نموده‌اند. اثر ضمان عرفی التزام ضامن به پرداخت دین است بدون آنکه ذمه ضامن نسبت به دین موضوع ضمانت اشتغال یابد. از جهت پیشینه تحقیق در این مقاله، ابتدا ادله و نظریات موجود در مورد عقد ضمان تضامنی مطرح و نقد و در نهایت به شرح نظریه ابتناء عقد ضمان تضامنی بر التزام به تأدیه، تفاوت دو مفهوم ذمه و عهده و توجیه نظریه مذکور در فقه و حقوق خواهیم پرداخت.

## پیشینه پژوهش

هرچند در مورد ماهیت عقد ضمان تضامنی تحقیقاتی صورت گرفته، اما در همه این تحقیقات، ضمان تضامنی به معنای انضمام ذمه ضامن به مضمون عنه شناخته شده است. برخی ضمانت تضامنی را دارای ماهیت واحد با عقد ضمان مدنی دانسته و معتقدند انضمام یا انتقال مقتضای ذات ضمان نیست؛ (افتخار جهرمی و طاهری، ۱۳۹۰: ۳۸، تولیت، سیدعباس ۱۳۸۲: ۶۱، محمدی و یحیی پور، ۱۳۸۹: ۱۰۲، کاشانی، ۱۳۹۴: ۲۸۳) و برخی نیز درعین حال که اثر ضمان تضامنی را انضمام ذمه ضامن به ذمه مدیون می‌دانند معتقدند این عقد ماهیتی متفاوت از عقد ضمان مدنی دارد. (محقق داماد و گندمکار، ۱۳۸۰: ۱۴۸) تفاوت این پژوهش با سایر تحقیقات این است که پژوهش حاضر عقد ضمان تضامنی مطرح در قانون تجارت را از حیث ماهیت متفاوت با عقد ضمان مدنی (ضمان مصطلح) و منطبق با عقد ضمان عرفی که توسط فقهای امامیه مطرح شده دانسته و صحت آن را بر اساس عموماتی چون «اوفوا بالعقود» تبیین می‌کند و از حیث اثر، تضامن را به معنای انضمام ضم صحیح ندانسته؛ بلکه به معنای التزام ضامن به پرداخت دین مدیون می‌داند

## روش‌شناسی پژوهش

روش این پژوهش، از نوع توصیفی تحلیلی بوده و با مراجعه به منابع معتبر جمع‌آوری شده است.

## ۱. نظریه ابتناء بر عقد ضمان قانون مدنی

برخی معتقدند ضمان به صورت مطلق دلالت بر نقل ذمه به ذمه دارد؛ اما نقل دین مقتضای اطلاق ضمان است و طرفین می‌توانند خلاف آن توافق نمایند و چنین توافقی بر مبنای عموم آیه «المؤمنون عند شروطهم» صحیح است. باتوجه به شهرت نظر فقهای امامیه در مورد مقتضای ذات بودن عقد ضمان، معتقدان به این نظر در بین فقیهان بسیار اندک هستند. باوجود این، باتوجه به اینکه مرحوم سید یزدی معتقد است ممکن است بر اساس عمومات حکم به صحت عقد ضمانی که متضمن ضم ذمه به ذمه است نمود (یزدی، ۱۴۲۰: ج ۵؛ ۴۰۶)؛ این نظر را منتسب به ایشان می‌دانند. در بین حقوق‌دانان، اکثریت ایشان معتقدند انتقال ذمه، مقتضای ذات عقد ضمان نیست و به همین جهت مواد مربوط به ضمانت در قانون تجارت در ادامه مقررات مربوط به عقد ضمان است و این طرفین قرارداد هستند که مشخص می‌کنند نوع عقد ضمان، نقل ذمه باشد یا تضامن. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ج ۲: ۱۴۳. امینی و ناصری مقدم، ۱۳۹۶: ۲۴. افتخار جهرمی و طاهری، ۱۳۹۰: ۳۸. تولیت، سیدعباسی ۱۳۸۲: ۶۱. محمدی و یحیی پور، ۱۳۸۹: ۱۰۲. کاشانی، ۱۳۹۴: ۲۸۳). قائلین به این نظریه هم از نظر فقهی و هم از نظر حقوقی به دلایلی استدلال می‌کنند؛ الف) دلایل فقهی عبارت است از: یک) باوجود نظر برخی فقها چون فخرالمحققین، پدرش علامه و ابن حمزه، ادعای اجماع مبنی بر انتقالی بودن اثر عقد ضمان پذیرفته نیست. حتی به فرض پذیرش، اجماع مدرکی است و حجیت ندارد. دو) ادله نقلی موجود در باب ضمان، ظهور در ممنوعیت ضمان تضامنی ندارد و برخی روایات که دلالت بر برئ الذمه شدن مضمون عنه دارد مربوط به ضمان از میتی است که ماترکش برای پرداخت دیون کافی نیست و باتوجه به شرایط ویژه ضمان از میت، از این روایات نمی‌توان عدم صحت ضمان تضامنی را استنباط نمود؛ زیرا اولاً: باتوجه به عدم کفایت دارایی میت در پرداخت دیونش، فرض ضمان تضامنی در ضمان از میت منتفی است. ثانیاً: این ضمان به منظور حمایت از میت است و مشخصاً قرائن و اوضاع و احوال حاکم بر آن حکایت از نقل ذمه دارد (محقق داماد و گندم کار، ۱۳۸۰: ۱۴۸). سه) عقد ضمان از عقود است که قبل از اسلام رواج داشته و دارای حقیقت عرفیه است و توقعات عرف از سازمان حقوقی چون ضمان، ملاک تعیین مقتضی است. در بررسی وضعیت عرفی ضمان، نه تنها عرف، ضمانی که متضمن ضم ذمه به ذمه است را می‌پذیرد، بلکه آنچه از مطلق ضمان، مدنظر عرف است همین ضمان ضم ذمه به ذمه است. دخالت شارع در معاملات، در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال به باطل است؛ بنابراین ضمان، عقدی است که به موجب عرف محل و یا شرط طرفین ممکن است متضمن نقل و یا ضم ذمه به ذمه باشد (محمدی و یحیی پور، ۱۳۸۹: ۹۹). ب) دلایل حقوقی عبارت است از: یک) ماده ۶۸۴ قانون مدنی ضمان را عبارت از بر عهده گرفتن مالی که در ذمه دیگری است دانسته، بنابراین اموری چون نقل ذمه و یا ضم ذمه داخل در مقتضای ذات عقد ضمان نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۳). دو) هرچند ماده ۶۹۸ قانون مدنی در بیان

اثر عقد ضمان به اثر انتقالی عقد ضمان تصریح نموده؛ اما این تصریح را نمی‌توان به معنای رد نظریه ضم ذمه به ذمه دانست؛ زیرا اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند و به‌علاوه، مقنن در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ اثر انضمامی عقد ضمان را پذیرفته است (افتخارچهرمی و طاهری، ۱۳۹۰: ۲۶).

### ۱-۱. نقد نظریه ابتناء بر عقد ضمان قانون مدنی

در ابتدا لازم است بین عقد ضمان عرفی و ضمان مصطلح که توسط فقها مورد شناسایی قرار گرفته و قانون مدنی نیز به آن توجه داشته تفکیک قائل شد؛ زیرا بسیاری از دلایل مطروحه توسط معتقدان به مقتضای ذات نبودن اثر نقل ذمه در عقد ضمان بدون در نظر گرفتن تمایزی است که فقهای شیعه بین عقد ضمان مصطلح و ضمان عرفی قائل شده‌اند. عقد ضمان مندرج در قانون مدنی از عقود معین و دارای احکام ویژه به همان عقد است؛ در حالی که «ضمان عرفی» عقد معین و با نام نبوده و صحت انعقاد آن تابع عمومات اعتبار عقد است (طباطبائی و قنبری، ۱۳۹۹: ۷۹۶). با در نظر گرفتن این موضوع دلایل زیر دلالت بر آن دارد که عقد ضمان دارای اثر انتقالی است و آنچه عرف و عموم جامعه به عنوان ضمان می‌شناسد منطبق با عقد ضمان عرفی است و متفاوت از ضمان مصطلح مندرج در قانون مدنی است. یک استدلال به این مطلب که چون عقد ضمان دارای حقیقت عرفیه است و عرف، ضمان ضم ذمه به ذمه را معتبر دانسته؛ پس انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن مقتضای ذات عقد ضمان نیست. صحیح نیست؛ چرا که در ارائه این نظر تفاوت بین ضمان عرفی و ضمان مصطلح که مورد پذیرش مقنن نیز هست مورد توجه قرار نگرفته است. هر چند عرف، قراردادی را که به موجب آن ضامن در کنار مضمون عنه و به نحو تضامن متعهد به پرداخت دین می‌شود را به رسمیت می‌شناسد اما دلیلی وجود ندارد که بگوییم چنین قراردادی همان ضمان مصطلح فقهی است. (دو) در کلام فخر المحققین و پدر ایشان دقیقاً مشخص نیست، مقصود از عده‌ای که معتقدند ضمان به معنای ضم ذمه به ذمه است فقهای امامیه هستند یا اهل سنت (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ج ۲: ۸۱). ابن حمزه نیز ضمان انفراد و اشتراک را مطرح نموده؛ اما همان‌طور که مرحوم حکیم هم مقصود ایشان را توضیح می‌دهند (حکیم، ۱۳۷۴: ۳۱۶). منظور ایشان تضامن بین ضامنین است؛ در حالی که محل بحث ما تضامن بین ضامن و یا ضامنین با مضمون عنه است (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۸۱) و از این مسئله نمی‌توان صحت ضمان تضامنی را استنباط نمود. همچنین استناد به نظر صاحب عروه بر تقویت پذیرش ضمان تضامنی به عنوان یکی از اقسام ضمان مصطلح، دارای ایراد است؛ زیرا ایشان صحت ضمان تضامنی را بر اساس «عمومات» صحیح دانسته و کلام ایشان از این حیث که مقصود از عمومات چیست؟ روشن نیست؛ بنابراین ممکن است مقصود ایشان از عمومات یا عموماتی است که دلالت بر صحت انعقاد عقود عقلایی غیر مخالف با کتاب و سنت دارد مثل «تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و یا عموماتی که دلالت بر صحت درج شرط غیر مخالف با کتاب و سنت در ضمن عقد دارد؛ مثل عموم روایت «المؤمنون عند شروطهم» و یا عمومات مربوط به خود عقد ضمان. مقصود ایشان

از عمومات، عمومات مربوط به عقد ضمان نیست؛ زیرا همان طور که خود ایشان تصریح می‌کنند، این عمومات ناظر به عقد ضمانی است که دلالت بر نقل دین به ذمه ضامن می‌نماید و از آن حکم به صحت ضمان تضامنی استخراج نمی‌شود. اگر مقصود ایشان از عمومات، عموم «تَجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ» باشد این نیز صحیح نیست؛ زیرا ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه معوض نیست که مشمول چنین عموماتی باشد (هرچند ممکن است ضمان به نقل دین را معوض دانست). اگر مقصود ایشان از عمومات عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» باشد که این نیز حسب نظر برخی فقها که ضمان به انضمام ذمه را اصلاً عقد نمی‌دانند صحیح نیست؛ زیرا اثر چنین ضمانی تصرف در مال مضمون له نیست تا به واسطه آن قبول مضمون له لازم باشد و (س، بی تا: ج ۱: ۴۱۱). اگر مقصود ایشان از عمومات عموم آیه «المؤمنون عند شروطهم» باشد. عموم عند شروطهم در جایی که شرطی مخالف کتاب و سنت باشد تخصیص می‌خورد. در مورد شرط به انضمام ذم در عقد ضمان، چنین استدلال می‌کنند که این شرط خلاف حکم اقتضایی ضمان است. چراکه اقتضای ضمان برائت ذمه مضمون عنه است و حکم اقتضایی ضمان به منزله سنت و کتاب است و شرط خلاف آن شرط مخالف کتاب و سنت بوده و باطل است (حکیم، ۱۳۷۴: ۲۷۴). در حالی که اگر بگوییم علت برائت ذمه مضمون عنه عدم دلیل بر اشتغال ذمه ایشان است نه مقتضای ضمان پس شرط به ضم ذمه به ذمه صحیح است. سه) حتی اگر بپذیریم اجماع وجود ندارد و یا اگر هم هست مدرکی است. مقنن صراحتاً در ماده ۶۹۸ قانون مدنی اثر عقد ضمان را سقوط دین از ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن دانسته است؛ اگر مقنن با وجود نظر اکثریت فقها، معتقد به اثر دیگری غیر از برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن بود حکمت اقتضا می‌کرد که آن را بیان نماید؛ چراکه مقنن در مقام بیان بوده است. از همین جا بطلان استدلال اشخاصی که معتقدند مقنن در این ماده صرفاً به بیان اثر انتقالی ضمان پرداخته و اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند روشن می‌شود. زیرا این استدلال به معنای آن است که ماده ۶۹۸ قانون مدنی صرفاً منطوق داشته و مفهوم ندارد در حالی که پذیرش معتبر نبودن مفهوم مخالف این ماده (با توجه به نظریه اکثریت فقهای امامیه در مورد اثر عقد ضمان) مستلزم تصریح خود مقنن در همان مقام و یا جای دیگری است و یا آنکه مستلزم ارائه دلایل متقن و محکمی مبنی بر آن است که ماده مذکور مفهوم مخالف ندارد. همچنین مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی که معتقدان به نظریه فوق برای اثبات صحت ضمان تضامنی به آن استناد می‌کنند، مبین همان ضمان عرفی است که فقها آن را طرح نموده‌اند و دارای احکام متفاوت با عقد ضمان است.

## ۲. نظریه ابتناء بر عقد نامعین موجب انضمام ضم

برخی فقها معتقدند ضمان در نزد عرف و عقلا دو معنا دارد. معنای اول آن دلالت بر قبول دین مدیون دارد و منجر به نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌شود و معنای دوم آن دلالت بر ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه دارد و ماهیت ضمان با توجه به نیت ضامن و مضمون له مختلف است؛ بنابراین در

این راستا برای هر موردی که عقد ضمان منعقد می‌شود، لازم است باتوجه به قرارداد منعقد شده و قرائن موجود قصد طرفین مشخص شود. به‌عنوان مثال در ضمانت از دین میتی که ماترکی ندارد واضح است که چنین ضمانتی دلالت بر نقل دین دارد در مقابل در مواردی که ضامن از شخصی که قصد اخذ وام از بانک را دارد ضمانت می‌کند چنین ضمانتی دلالت بر ضم ذمه به ضمه به صورت طولی دارد که هریک از این دو بین عقلاً صحیح است و مشمول اطلاق ادله اعتبار عقود است. همچنین بسیار بعید است که شارع درحالی که طرفین قصد ضم ذمه به ذمه را دارند اثر عقد را نقل بداند و بالعکس درحالی که طرفین قصد انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن را دارند اثر عقد را ضم ذمه بداند. به‌علاوه ممکن نیست که در زمان انعقاد ضمان، ذهن ضامن خالی از هر دو فرض باشد و حتماً یک از این دو حالت مدنظر ایشان است. در صورتی که با بررسی تمامی اوضاع و احوال و قرائن مشخص نشود که ضمان دلالت بر نقل دارد یا ضم باید به اصول عملیه در این خصوص مراجعه شود (مکارم شیرازی، یزدی، ۱۴۲۸: ج ۲: ۷۰۰؛ محقق داماد، گندم‌کار، ۱۳۸۹: ۱۵۲). ایشان معتقدند چون دلیلی بر رد ضمان تضامنی در فقه وجود ندارد ممکن است دو نفر بر تضامن توافق نمایند و این قرارداد منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی و از عقود نامعین است. ایشان مواد قانون تجارت در باب ضمانت را بر اساس همین نظر و بر مبنای تحلیل آن مبتنی بر یک عقد نامعین صحیح دانسته و به ارائه آثار آن می‌پردازند (محقق داماد، گندم‌کار، ۱۳۸۹: ۱۵۲). در مورد صحت چنین ضمانتی ایراداتی مطرح شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

## ۲-۱. نقد نظریه ابتناء بر عقد نامعین موجب انضمام ضم

در رد نظریه فوق سه دلیل مطرح شده است: اول) عقد نیازمند التزام طرفینی است درحالی که چنین ضمانتی صرفاً یک تعهد ابتدائی است که حتی به فرض اعتقاد به وجوب وفای به آن، نمی‌توان از آن اشتغال ذمه ضامن و مدیونیت او را نتیجه گرفت. دوم) اسباب اشتغال ذمه در فقه محدود به عقد، شرط ضمن عقد، استیلا و ائتلاف است؛ درحالی که این نوع ضمانت مشمول هیچ یک از این اسباب نیست؛ (خوئی، ۱۴۱۸: ج ۳۱: ۴۱۱). سوم) امکان ندارد که یک دین هم‌زمان هم بر ذمه ضامن و هم بر ذمه مضمون‌عنه قرار بگیرد و استدلال به مواردی چون ضمان ایادی در غضب و مشابه آن موجه نیست. معتقدان به نظریه فوق در پاسخ به ایراد اول و دوم معتقدند<sup>۱</sup> ضمان تضامنی نیز نوعی عقد است؛ زیرا در برابر تعهد ضامن به پرداخت دین، تعهد مضمون‌عنه به پرداخت متقابل وجود دارد (محقق داماد و گندم‌کار، ۱۳۸۹: ۱۵۲). این پاسخ مردود است؛ زیرا: اولاً) تحقق ضمانت، مستلزم رضایت و قبول مضمون‌عنه نیست و اثر رضایت مضمون‌عنه صرفاً حق رجوع ضامن به او برای بعد از پرداخت دین توسط ضامن است؛ بنابراین اصلاً اراده مضمون‌عنه اعم از انشائی و غیر انشائی دخیل در انعقاد

<sup>۱</sup>- لازم است متذکر شویم ایراد دوم معلول ایراد اول است؛ بنابراین در صورتی که در مقام پاسخ به ایراد اول عقد بودن ضمانت تضامنی اثبات گردد ایراد دوم محلی برای طرح نخواهد داشت.

ضمان نیست. ثانیاً) مدیونیت ضامن به پرداخت دین مضمون عنه نیاز به اراده انشائی ضامن دارد؛ اما تعهد مضمون عنه به پرداخت متقابل دین به ضامن نیاز به اراده انشائی نداشته و صرف رضایت او نسبت به ضمانت یا رضایت به پرداخت دین توسط ضامن برای مدیونیت او کافی است؛ بنابراین چنین تقابلی مستلزم وجود دو اراده انشائی خلاق نیست و نمی‌توان نام آن را عقد گذاشت. هرچند طرف‌داران این نظریه به دلیل دیگری در خصوص رد این دو ایراد اشاره ننموده‌اند؛ اما می‌توان برای رد دو ایراد اول چنین استدلال نمود: اگر ایجاد دین به وسیله ایقاع به صورت یک تعهد کلی پذیرفته شود دیگر اثری از عقد به عنوان منبع تعهدات باقی نخواهد ماند؛ چراکه در واقع عقد عبارت است از ترکیب دو ایقاع در مقابل هم؛ همین امر سبب شده تا در هیچ یک از قوانین، حاکمیت اراده به عنوان یک اصل برای ایجاد تعهد پذیرفته نشود. در حقوق ما نیز در منابع ایجاد حق دینی نامی از ایقاع برده نشده؛ بنابراین نمی‌توان به صورت کلی ایقاعات را به عنوان منبع تعهدات در حقوق ما پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۷). ماده ۴۰۳ قانون تجارت ضمان تضامنی را عقد دانسته، بنابراین استدلال به این که عقد مستلزم التزام طرفینی است از نظر مقنن مورد پذیرش نیست و می‌توان در تحلیل ماهیت ضمانت تضامن از نظریه عقد یک‌جانبه بودن چنین ضمانتی استفاده نمود؛ به این معنا که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر تعهد به امری می‌کنند و این عمل حقوقی نوعی عقد است که نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ اما اثر آن صرفاً ایجاد تعهد برای یک طرف قرارداد است (یزدانیان، ۱۳۹۹: ۶۳۰). در پاسخ به ایراد سوم چنین استدلال شده: مانعی برای اشتغال ذمم متعدد به مال واحد به نحو بدلیت وجود ندارد؛ چراکه غیرممکن بودن وجود شیء واحد در دو مکان مربوط به امور واقعی است، نه اعتباری. این مورد را با غصب و واجب کفائی مقایسه نموده و معتقدند همان‌طور که ایادی متعدد در غصب همگی در عرض هم و به نحو بدلیت ضامن مال مغضوب هستند و همان‌طور که در واجب کفائی امر واجب واحد است؛ ولی وجوب به تعداد مکلفین متعدد است در ضمان به نحو تضامن نیز دین واحد است و اما مدیونین دین متعدد هستند (حکیم، ۱۳۷۴: ۲۷۳). صرف‌نظر از اینکه در تحلیل تضامن در غصب و وجوب در واجب کفائی نظریات مختلفی وجود دارد که برخی از آنها بر خلاف استدلال قائلین به نظریه فوق است؛ در رد این پاسخ باید گفت: هرچند دین و ذمه از مفاهیم اعتباری است؛ اما این مفاهیم اعتباری نیز از قواعد و روابط علت و معلولی حاکم بر امور واقعی تبعیت می‌نماید (انصاری، ۱۳۸۹: ۳۵۳). در واقع قوانین حقوقی بیان‌کننده نحوه رابطه بین اجزا و طبقات جامعه است و از این رو نمی‌توان به دلیل اعتباری بودن آن از روابط علت و معلولی حاکم بر امور واقعی تخطی کرد (صادقی نشاط، ۱۳۹۶: ۴۳). مفاهیم اعتباری حقوقی دارای آثار واقعی هستند و نمی‌توانیم هرگاه در استدلال‌های حقوقی به تنگنا می‌خوریم به بهانه اینکه حقوق عالم اعتبار است از قواعد منطقی خارج شویم (صادقی نشاط، ۱۳۹۶: ۴۷). انصاری (۱۳۸۹: ۳۵۳)؛ بنابراین هرچند ذمه و مظروف آن هر دو از امور اعتباری است و تصور وجود یک دین بر ذمه دو نفر و یا بیشتر در زمان واحد امری محال نیست؛ اما باتوجه به اینکه مفاهیم اعتباری حقوقی دارای آثار واقعی هستند، اصولاً از قواعد حاکم بر امور واقعی تبعیت می‌کنند و عدم



تبعیت آنها از قواعد حاکم بر امور واقعی امری استثنائی و نیازمند دلیل است؛ بنابراین در صورتی می‌توان امر اعتباری مخالف با قواعد حاکم بر امور واقعی را پذیرفت که شارع آن را وضع نموده و ادله کافی در مورد آن وجود داشته باشد. باتوجه به مطالب پیشین، قبول ضمان تضامنی مستلزم وجود دلیل بر پذیرش آن است درحالی که دلیلی بر ازدیاد اشتغال ذمم متعدد به دین واحد وجود ندارد و حتی در غصب نیز اختلاف است و برخی معتقدند صرفاً ذمه شخصی که مال در ید او تلف شده مدیون است و سایرین مسئول پرداخت دین هستند بدون آنکه ذمه ایشان نسبت به دین مذکور مدیون شده باشد. همچنین نمی‌توان ضمان تضامن را با واجب کفائی مقایسه نمود؛ زیرا در مورد واجب کفائی دلیل وجود دارد، اما در مورد احکام وضعی دلیلی بر صحت اشتغال دو ذمه در عین واحد به یک دین وجود ندارد (خوئی، ۱۴۱۸: ج ۳۱: ۴۴۲). در نهایت آنچه باعث رد نظریه مذکور در حقوق ایران می‌شود؛ این است که پذیرش تضامن به معنای انضمام ضمم مغایر با مقررات قانون مدنی است و منجر به تهافت و اختلاف بین مقررات خواهد بود. ماده ۶۹۸ قانون مدنی بر مبنای نظر اکثریت فقهای امامیه که عقد ضمان را متضمن برات ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن می‌دانند تدوین یافته است. ماده ۷۲۳ قانون مدنی تضامن را به معنای التزام ضامن به تأدیه دین دیگری پذیرفته است نه انضمام ذمه ضامن به ذمه مدیون، درحالی که اگر تضامن به معنای انضمام ذمم مورد پذیرش قانون گذار بود در این ماده یا در ماده دیگری طرح می‌شد. ماده ۴۰۴ قانون تجارت صراحتاً موضوع تضامن در مسئولیت را مطرح و حکم آن را با ماده ۴۰۳ قانون تجارت که ضمان تضامنی را مطرح نموده یکسان دانسته درحالی که بین تضامن در مسئولیت و مدیونیت تفاوت است و همین امر دلالت بر آن دارد که تضامن مطرح در هر دو ماده، تضامن در مسئولیت است نه در مدیونیت.

### ۳. نظریه ابتناء بر التزام به تأدیه

توجه به دو مفهوم ذمه و عهده و تفاوت این دو، در ارائه تحلیل دقیق و به‌دور از ایرادات مطرح در نظریه‌های پیشین بسیار راهگشاست. چنان‌که برخی حقوق‌دانان با تفکیک بین همین دو مفهوم و پذیرش این نظریه که تضامن در ضمان به معنای تعهد به پرداخت دین مدیون است نه بر ذمه گرفتن آن؛ معتقدند این نظریه با عقل سلیم و ذوق طبیعی سازگار است و حاجت به استدلال غلط نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۳۷۵). بر مبنای این نظریه، ضمان تضامنی منطبق با هیچ یک از عقود معین نیست و بر اساس عموماً اعتبار عقد صحیح است. در این عقد ضامن بدون آنکه دین مدیون را بر ذمه بگیرد، متعهد (ملتزم) به پرداخت دینی می‌شود که بر ذمه مدیون است. درواقع تضامن نسبت به مسئولیت در پرداخت دین واقع می‌شود و ظرف این مسئولیت ذمه نیست؛ بلکه عهده است.

**۳-۱. تفاوت ذمه و عهده**

ذمه ظرف اعتباری است که عقلاً آن را برای اموال که وجود خارجی ندارند (اموال کلی) تصور نموده‌اند، مثل آنکه شخصی مالک یک میلیارد ریال در ذمه شخص دیگری است این مبلغ به صورت اعتباری و در یک ظرف اعتباری به نام ذمه و در مالکیت طلبکار است (امام خمینی، ۱۴۲۰: ۲۲۴. صدر و حائری، ۱۳۷۹: ۴). در مقابل، عهده ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده است. عهده ممکن است هم ظرف تعهدات نسبت به اعیان خارجی باشد و هم ظرف تعهدات نسبت به مال کلی در ذمه (صدر و حائری، ۱۳۷۹: ۶). از نظر حقوقی نیز چنین تفکیکی در برخی مواد قانون مدنی پدیدار شده و از مجموعه آن‌ها تفکیک بین ذمه و عهده را می‌توان دریافت. ماده ۶۹۹ قانون مدنی صراحتاً بین ضمانت و التزام به تأدیه تفکیک قائل شده و درحالی‌که تعلیق در ضمان (مدیونیت) را باطل دانسته تعلیق در التزام به تأدیه (مسئولیت) را صحیح می‌داند. ماده ۵۵۸ قانون مدنی، بعد از آنکه شرط ضمانت مضارب نسبت به سرمایه را باطل دانسته شرط به تملیک مجانی مال به میزان خسارات وارده توسط مضارب را پذیرفته است. شرط مذکور در این ماده ایجاد دین بر ذمه مضارب نمی‌کند و همچنین مضارب نسبت به سرمایه، ضامن نیست؛ اما به موجب این شرط متعهد می‌شود تا به مقدار خسارت یا تلف، از مال خودش به صورت مجانی به مالک تملیک کند. این نظریه بر مبنای نظر برخی فقها مطرح شده که معتقدند شرط ضمان مضارب مخالف با امانی بودن ید مضارب و سبب انقلاب عقد مضاربه به قرض می‌شود و در این صورت باید کل سود برای عامل باشد والا چنین عقدی قرض است و دریافت سود ربوی است. اما شرط تدارک عامل نسبت به مال مضاربه از مالش بدون آنکه عامل ضامن مال مضاربه باشد صحیح است، مخالف سنت نیست و عمل به آن لازم است؛ زیرا این شرط دلالت بر ضامن بودن امین نمی‌کند (خوئی، بی‌تا: ج ۱: ۳۵. عاملی، ۱۴۱۶: ۲۲). ماده ۷۲۳ قانون مدنی نیز التزام به تأدیه دین دیگری را پذیرفته و حتی تعلیق در آن را صحیح دانسته است. این عقد متفاوت از عقد ضمان است؛ درحالی‌که عقد ضمان موجب برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن می‌شود و تعلیق در آن باطل است؛ این عقد موجب اشتغال عهده ضامن به پرداخت دین می‌گردد و تعلیق در آن صحیح است. همچنین ماده ۷۴۱ قانون مدنی در باب کفالت که التزام کفیل به پرداخت مال به مکفول تعهدی است بر عهده کفیل، بدون آنکه ذمه او نسبت به آن مشغول شده باشد. برخی معتقدند تقابل دو مفهوم ذمه و عهده به تقابل دو مفهوم عین و دین بر نمی‌گردد؛ بلکه ذمه ظرفی برای احکام وضعی و عهده ظرفی برای احکام تکلیفی است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۵۵). دلایل ایشان برای اثبات نظریه خود عبارت است از اینکه: یک) نمی‌توان عهده را به عنوان ظرف اعیان و اموال جزئی شناخت؛ زیرا ظرف اعیان عالم خارج است نه عهده. دو) عهده نمی‌تواند ظرفی برای اموال کلی باشد. عهده ظرف تکالیف و تعهدات است و تکلیف و تعهد تا زمانی که تعیین و مشخص نیافته، قابل اجرا نیست؛ بنابراین عهده صرفاً ظرف تعهدات و تکالیف جزئی است. سه) اثر حقوقی عهده، یک عمل مادی مثل انتقال فیزیکی، حفظ مال و ... است نه عمل حقوقی مثل انتقال مالکیت؛ بنابراین نظریه،

تحلیل ماهیت ضمانت تضامنی به التزام ضامن نسبت به پرداخت دین؛ به معنای آن است که ضامن صرفاً تعهد تکلیفی نسبت به پرداخت دین دارد. برخی فقیهان معتقد به همین نظر هستند و در مورد «ضمان عرفی» نیز بر همین مبنا معتقدند اثر چنین ضمانتی تکلیف ضامن به پرداخت دین است و با فوت او این تکلیف نیز ساقط می‌گردد و نمی‌توان دین را از ترکه او پرداخت (سیستانی، ۱۴۱۵: ج ۲: ۳۱۰). نظریه تکلیف صرف بودن مظلوف عهده، به دلایل زیر دارای ایراد است و صحیح نیست: یک) مستشکل ظاهراً در مورد مفهوم عهده و مظلوف آن دچار اشتباه شده و علت این اشتباه این است که برخی فقها در شرح تفکیک بین ضمان و عهده، عهده را ظرف اعیان خارجی معرفی نموده‌اند (صدر و حائری، ۱۳۷۹: ۴). اما این تعبیر تسامحی است؛ زیرا در واقع عهده ظرف مسئولیت‌ها و تکالیفی است که شخص قبول می‌نماید نه ظرفی نسبت به خود اعیان خارجی و کلی. دو) استدلال به این مطلب که عهده نمی‌تواند ظرف اعیان کلی باشد، پذیرفته نیست. زیرا بسیاری از تعهدات و مسئولیت‌های اشخاص در واقع مربوط به اعیان کلی فی الذمه است. به‌عنوان مثال تعهد بایع به تسلیم میبع کلی فی الذمه و یا تعهد مدیون به پرداخت دین تعهدی است نسبت به یک مال کلی اعتباری که در عهده شخص قرار دارد و داخل در ظرف ذمه قرار نمی‌گیرد زیرا ذمه ظرف اموال است نه ظرف تعهدات. سه) تفاوت ذمه و عهده نه به تقابل اعیان خارجی و کلی بر می‌گردد و نه به تقابل احکام وضعی و احکام تکلیفی، بلکه عهده ظرف اعتباری برای مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده؛ گاهی این مسئولیت‌ها و تعهدات تکلیفی است و گاهی وضعی، گاهی این تعهدات نسبت به اعیان خارجی است مثل تعهد غاصب به رد مال مغضوب و گاهی نسبت به اعیان کلی مثل تعهد مدیون به پرداخت دین و گاهی این تعهدات از طرف خود شخص جعل شده مثل التزامات و شروطی که یک شخص در ضمن یک عقد بر عهده می‌گیرد و گاهی ناشی از یک قانون عمومی است مثل تعهد به پرداخت نفقه اقارب (عبدی‌پور و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۲: ۴۰). برخی در شرح ضمان عرفی و ضمان از اعیان مضمونه بر همین اساس معتقدند ضمان عرفی، صرفاً متضمن حکم تکلیفی و جوب پرداخت دین مدیون توسط ضامن است (طباطبائی و قنبری، ۱۳۹۹: ۷۸۷. نعمت الهی، ۱۳۹۵: ۱۲۹). در مقابل، برخی حقوق‌دانان معتقدند چنین ضمانتی صرفاً ایجاد حکم تکلیفی نمی‌نماید و علاوه بر آن دارای اثر وضعی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۳۷۵). تقابل این دو نظریه (تکلیفی یا وضعی بودن) صرفاً مربوط به این موضوع نیست و در ابواب مختلف فقه دیده می‌شود؛ اما نظر قانون‌گذار چیست؟ با دقت در برخی مواد قانون مدنی می‌توان به این نتیجه رسید که مقنن در این خصوص نظریه فقهایی را پذیرفته که معتقد به داشتن اثر وضعی تعهدات و مسئولیت‌های ثابت بر عهده هستند. به‌عنوان مثال؛ بر اساس ماده ۴۵۴ قانون مدنی، در صورتی که بایع عدم تصرفات ناقله را بر مشتری شرط کند، تصرفات مشتری در صورتی که مخالف با این شرط باشد، باطل (غیرنافذ) است. این شرط مصداق شرط ترک فعل حقوقی منفی است و مقنن اثر وضعی برای چنین شرطی قائل شده و افعال حقوقی مشتری مخالف با آن را باطل (غیرنافذ) می‌داند. با توجه به اینکه اثر شرط فعل یا ترک

فعل حقوقی، ایجاد التزام بر عهده من علیه الشرط است و چنین شرطی در ذمه تأثیر ندارد (زیرا ذمه صرفاً ظرف اموال کلی است) و تنها بر عهده مشروط علیه است؛ در صورتی که مقنن معتقد به اثر تکلیفی صرف برای چنین شرطی بود؛ در ماده مذکور تصرفات مشتری (من علیه الشرط) نسبت به مبیع نافذ و صحیح بود. در واقع مقنن اثر وضعی تعهدات و مسئولیت‌های اشخاص نسبت به آن چه بر عهده می‌گیرند را پذیرفته و باتوجه به اینکه از این حیث همان طور که فقها اشاره نموده‌اند بین شرط و عقد تفاوتی نیست؛ بنابراین در صورتی که ضامن به موجب عقد ضمانت ملتزم به پرداخت دین مدیون شود چنین التزامی دارای اثر وضعی است و از حیث آثار تابع آن است و مشروط علیه امکان تخلف از آن را ندارد (شیخ انصاری، ۱۳۸۹: ۲۲).

### ۲-۳. توجیه فقهی نظریه ابتناء بر التزام به تأدیه

نظر مشهور فقهای امامیه در مورد عقد ضمان که حتی در مورد آن ادعای اجماع شده؛ این است که اثر عقد ضمان عبارت است از انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۴۲. ابن زهره و بهادری، ۱۴۱۷: ۱ ج: ۲۶۱). مبنای اعتقاد به این نظر، اجماع فقها و نص روایاتی است که در این خصوص وجود دارد (یزدی، ۱۴۲۰: ۵ ج: ۴۰۵؛ مقدس اردبیلی و عراقی، بی تا: ج: ۹: ۲۸۹). علاوه بر معنای اصطلاحی که برای عقد ضمان وجود دارد؛ فقهای متأخر امامیه، باتوجه به گرایش جامعه به ایجاد یک سازوکار حقوقی به منظور توثیق دیون، صحت ضمان تضامنی را بر اساس عمومات «أوفوا بالعقود» و با عنایت به اینکه چنین عقدی خلاف کتاب و سنت نبوده و دلیلی بر عدم اعتبار آن وجود ندارد صحیح می‌دانند. این نوع از ضمان دلالت بر ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در مدیونیت نمی‌کند، بلکه اثر چنین ضمانی التزام ضامن به پرداخت دین مدیون است. به عنوان نمونه نظر مرحوم حکیم در این مورد عیناً نقل می‌شود: «الضمان علی نحوین أحدهما الضمان بنحو النقل من ذمة إلى أخرى و هو الضمان المصطلح الذي تترتب عليه براءة ذمة المضمون عنه و الآخر الضمان بمعنى التعهد بما في الذمة و جعل الذمة في عهده - و العهدة غير الذمة على ما حققناه في محله ...» (حکیم، ۱۳۷۴: ۱۹۶). اثر ضمان عرفی، تعهد و التزام ضامن به پرداخته شدن دین است (خوئی، بی تا: ج: ۱: ۴۱۱). در چنین حالتی ضامن در عرض مدیون اصلی و بدون آنکه ذمه اش نسبت به دین مشغول باشد، ملتزم به پرداخت دین مدیون می‌شود. هر دین در بر گیرنده دو مرتبه است یکی اشتغال ذمه مدیون به آن دین، که ظرف آن ذمه مدیون است و دیگری تعهد مدیون به پرداخت دینی است که در ذمه دارد، که ظرف این تعهد، عهده است. در ضمان عرفی، ضامن بدون آنکه در مرتبه اول (اشتغال ذمه) تصرفی کند، نسبت به مرتبه دوم متعهد میشود. این نظر دقیقاً منطبق با مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی است که قانون مدنی آن را به عنوان التزام به تأدیه شناسایی نموده است.

بررسی نظرات فقهای امامیه در مورد ضمان عرفی و راهکار ایشان برای حل مسائل مستحدثه، اختصاص به این عقد و این بحث ندارد؛ بلکه باتوجه به نحوه حل مسئله توسط ایشان می‌توان به این

حکم کلی دست‌یافت که از نظر فقیهان متأخر تمامی قراردادهایی که اثر آن ایجاد مسئولیت بر عهده متعهد است از نظر فقهی صحیح و عموم ادله‌ای چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این نوع از عقود را نیز در بر می‌گیرد. از این روش می‌توان در تحلیل بسیاری از روابط حقوقی نوظهور استفاده نمود؛ بنابراین با تفکیک بین دین و مسئولیت و پذیرش امکان مسئولان متعدد و امکان تعلیق در مسئولیت، می‌توان تا حد زیادی فقه اهل شیعه و اهل سنت و حقوق معاصر را به هم نزدیک نمود. این موضوع به خوبی توسط قانون‌گذار ما در قانون مدنی نیز شناخته و در موارد متعددی از همین سازوکار استفاده شده است. به‌عنوان مثال مواد ۵۵۸، ۶۷۹، ۶۹۹، ۷۲۳ قانون مدنی بر اساس همین مبنا تدوین شده است (جنیدی، ۱۳۷۵: ۲۱).

### ۳-۳. توجیه حقوقی نظریه ابتناء بر التزام به تأدیه

به‌منظور حفظ وحدت مبنایی بین قانون مدنی و تجارت و در راستای ارائه تفسیری منطبق با مبانی فقهی حاکم بر مقررات مدنی می‌توان با استفاده از ظرفیت تفکیک عهده و ذمه، ضمان تجاری را به معنای بر عهده گرفتن پرداخت دین دانست. در ادامه به بررسی ادله حقوقی موجود در این خصوص خواهیم پرداخت.

اول) ماده ۴۰۳ قانون تجارت ضمان تضامنی را مطرح نموده اما مشخص نیست که تضامن مطرح در این ماده، تضامن در مدیونیت است یا تضامن در مسئولیت؛ با بررسی ماده ۴۰۴ که تضامن در مسئولیت نسبت به انجام تعهدات را پذیرفته و از حیث حکم آن را با ماده ۴۰۳ قانون تجارت یکسان دانسته می‌توان چنین استنباط کرد که تضامن مطرح در مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت، تضامن در مسئولیت است. از بررسی این دو ماده و محل قرار گرفتن ماده ۴۰۴ در مبحث ضمانت و بعد از توضیح ضمانت تضامنی و اینکه قانون‌گذار در ماده ۴۰۴ از تضامن در مسئولیت نسبت به انجام تعهدات صحبت نموده و حکم ماده ۴۰۳ را در مورد ماده ۴۰۴ جاری دانسته روشن می‌شود هر دو ماده حکم واحدی دارند و در مقام بیان تضامن در مسئولیت هستند. دوم) ماده ۲۷۵ کتاب اول لایحه تجارت که در مورخ ۱۴۰۳/۰۱/۲۸ تحت عنوان قراردادهای تجاری به تصویب مجلس رسیده و به شورای نگهبان ارسال شده است. مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت فعلی را تجمیع نموده و چنین تدوین شده: «در هر مورد که چند شخص به موجب قرارداد یا قانون به صورت مستقل مسؤول ایفای دین واحدی باشند، بستانکار می‌تواند برای وصول تمام یا بخشی از طلب خود به هر یک از مسؤولان رجوع کند، مگر اینکه مطابق قانون یا قرارداد مکلف شده باشد در ابتدا به یکی از مسؤولان مراجعه و در صورت عدم وصول طلب به دیگری رجوع کند». قانون‌گذار در این ماده صراحتاً اثر تضامن را صرفاً مسئولیت در ایفای دین دانسته است. سوم) قانون تجارت و قانون مدنی هر دو برگرفته از اصول و مبانی واحدی هستند و لازم است تا حد امکان اتحاد و بین این دو قانون از حیث مبانی و منابع حفظ شود. باتوجه به اینکه قانون مدنی بر اساس فقه امامیه تدوین یافته و از طرف دیگر وفق اصل ۷۲ قانون اساسی نباید

قوانین با اصول و احکام مذهب رسمی کشور مغایر باشد. تفسیر ضمانت تضامنی به معنای تضامن در مدیونیت مغایر با این وحدت و یکپارچگی است؛ زیرا نظریه اکثر فقهای امامیه بر عدم پذیرش تضامن در مدیونیت است و مقنن در ماده ۶۹۸ قانون مدنی نیز به تبعیت از همین نظر، اثر عقد ضمان را برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن دانسته است و در هیچ کجای قانون مدنی اثری از پذیرش تضامن در مدیونیت نیست. بنابراین اگر بگوییم قانون گذار در ماده ۴۰۳ قانون تجارت تضامن در مدیونیت را پذیرفته، نتیجه آن تغایر و تهافت بین مقررات مدنی و تجارت خواهد شد.

### بحث

در مورد ماهیت ضمان تضامنی دو نظر کلی وجود دارد که بر اساس هر دو نظر، ضمان تضامنی به معنای انضمام ذمه ضامن به ذمه مدیون است؛ اما تفاوت این دو نظر از این جهت است که برخی معتقدند ضمان تضامنی دارای ماهیت واحد با عقد ضمان مدنی است و این مقررات در تکمیل مقررات قانون مدنی وضع شده و برخی دیگر معتقدند ضمان تضامنی ماهیت متفاوتی از عقد ضمان مدنی داشته و صحت آن بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی قابل توجیه و پذیرش است. چند مانع بر سر راه پذیرش این دو نظریه وجود دارد که باعث تردید در صحت این نظریات می شود؛ اول، مشهور فقهای امامیه که حتی در مورد آن ادعای اجماع شده است معتقدند انتقال دین به ذمه ضامن مقتضای ذات عقد ضمان است و شرط خلاف آن نیز باطل است و قانون مدنی نیز به پیروی از همین نظریه در ماده ۶۹۸ اثر ضمان را بری الذمه شدن مضمون عنه و اشتغال ذمه ضامن دانسته است؛ بنابراین باتوجه به پیشینه ماده ۶۹۸ قانون مدنی و تفسیر آن بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه، نقل دین مقتضای ذات عقد ضمان است و نمی توان ضمان ضم ذمه به ذمه را ملحق به ضمان مدنی نمود. دوم، باتوجه به اینکه مفاهیم اعتباری تعیین کننده روابط بین اشخاص و جامعه بوده و دارای آثار واقعی در عالم خارج هستند. نمی توان به بهانه اعتباری بودن ذمه و مظهر آن از قواعد منطقی خارج شد. بنابراین تضامن، به معنای اشتغال ذمه دو نفر نسبت به یک دین هرچند غیرممکن نیست؛ اما امری خلاف قاعده و نیازمند دلیل است؛ درحالی که چنین دلیلی در مورد ضمان تضامنی وجود ندارد و تفسیر ضمان تضامنی بر اساس التزام به تأدیه بدون نیاز به تخلف از قواعد منطقی حاکم بر امور خارجی ممکن است. سوم، باتوجه به اینکه از نظر مشهور فقهای امامیه، ضم ذمه به ذمه چه به عنوان شرط در عقد ضمان و چه به عنوان عقد مجزا از عقد ضمان پذیرفته نیست و قانون مدنی نیز بر همین مبنا تدوین یافته و در هیچ کجای آن ضم ذمه به ذمه وجود ندارد؛ نمی توان پذیرفت که قانون تجارت در مغایرت با قانون مدنی و نظر مشهور فقهای امامیه ضمان تضامنی به معنای ضم ذمه به ذمه را صحیح بداند.

پژوهش حاضر، ضمان تضامنی را بر مبنای عقد «ضمان عرفی» تحلیل نموده و در تحلیل ضمان تضامنی از مفهوم عهده که ظرف اعتباری دیگری برای تکالیف و مسئولیت های اشخاص است استفاده نموده و ضمان تضامنی را به معنای التزام ضامن به پرداخت دین مدیون می داند. این نظریه

منطبق با قاعده است و با امور واقعی حاکم بر روابط اشخاص در تعارض نیست؛ بنابراین صحت آن مستلزم دلیل نیست، بر اساس عموماتی چون «اوفوا بالعقود» قابل پذیرش است، منطبق با نظر فقهای امامیه و موافق روح حاکم بر قانون مدنی است.

## نتایج

فقهای امامیه تضامن به معنای انضمام ذمه ضامن به ذمه مدیون را صحیح نمی‌دانند؛ اما نسبت به نیازهای جامعه اسلامی و عرف جامعه بی‌توجه نبوده و بر اساس عموماتی چون «اوفوا بالعقود» صحت عقد ضمان تضامنی را به عنوان عقدی با آثار و احکام متفاوت از عقد ضمان مصطلح به رسمیت شناخته و از آن به عنوان «ضمان عرفی» یاد نموده‌اند. ایشان معتقدند اثر چنین عقدی، تضامن در مسئولیت است نه تضامن در مدیونیت. پژوهش حاضر ضمان تضامنی را بر مبنای عقد «ضمان عرفی» تحلیل نموده و در تحلیل ضمان تضامنی از مفهوم عهده که ظرف اعتباری دیگری برای تکالیف و مسئولیت‌های اشخاص است استفاده نموده‌است. براین اساس، عقد ضمان تضامنی عقدی غیرمعین است که اثر آن انضمام ذمه ضامن به مضمون عنه نیست. در اثر عقد ضمان تضامنی، ضامن بدون آنکه دین مدیون را بر ذمه بگیرد تعهد به پرداخت دین مذکور که بر ذمه مدیون قرار دارد می‌نماید. ظرف این تعهد ذمه ضامن نیست؛ بلکه عهده ضامن است. از نظر حقوقی، قانون مدنی به تبعیت از همین نظر در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ ضمان تضامنی را بر اساس ضمان عرفی معتبر دانسته و اثر آن را التزام ضامن به پرداخت دین مدیون می‌داند. قانون تجارت در ماده ۴۰۴ صراحتاً تضامن در مسئولیت را که ظرف آن عهده است پذیرفته و آن را تابع قواعد و احکام ضمانت تضامنی مطرح در ماده ۴۰۳ دانسته‌است؛ بنابراین می‌توان هر دو نوع تضامن مذکور در مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ را بر اساس نظر فقیهان امامیه به تضامن در مسئولیت تفسیر نمود. در کتاب اول لایحه تجارت مطرح در مجلس، این موضوع مدنظر قرار گرفته و در ماده ۲۷۵ لایحه مذکور مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت به سبب وحدت احکام و آثار در یکدیگر ادغام شده و صراحتاً از عبارت «مسئولیت ایفای دین» استفاده نموده که موید استدلال فوق است؛ بنابراین در حقوق ایران ضمان تضامنی به معنای التزام ضامن به پرداخت دین مدیون بدون بر ذمه گرفتن آن است و در نتیجه آن، ضامن، پرداخت دین مضمون عنه را درحالی که دین بر ذمه مدیون مستقر است بر عهده می‌گیرد.

## منابع

- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. چاپ اول. قم: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي.
- ابن زهره، حمزه بن علی؛ و بهادری، ابراهیم (۱۴۱۷). غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع. ج۲، چاپ اول، قم: موسسه الامام الصادق علیه السلام.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد (بی تا). الشرح الكبير. ج۱۲. بدون نوبت چاپ. بی جا: دار الكتاب العربی.
- افتخار جهرمی، گودرز؛ و طاهری، سهیل (۱۳۹۰). مقتضای اطلاق ضمان قراردادی. نشریه تحقیقات حقوقی، ۷ (۱۴)، ۹-۴۴.
- امام خمینی، سید روح اله (۱۴۲۰). الرسائل العشرة. چاپ اول. تهران: موسسه تنظیم و نشر تراث الامام خمینی (س).
- امام خمینی، سید روح الله؛ اسلامی، علی؛ و قاضی زاده، محمد (۱۳۸۳). ترجمه تحریر الوسيلة، ۴ جلد، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- امینی، راضیه؛ و ناصری مقدم، حسین (۱۳۹۶). مفهوم شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت. نشریه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۴۷ (۱۳)، ۱۱-۲۶.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۹). المکاسب، ج۲. چاپ اول. تهران: خرسندی.
- تولیت، سید عباس (۱۳۸۲). مبانی ضمان عقدی و آثار حمایتی آن در حقوق ایران. نشریه رهنمون، ۳-۴ (۱)، ۳۵-۶۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۲). دوره حقوق مدنی عقد ضمان. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی کتابهای حبیبی.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۵). تضامن و آثار و اوصاف آن. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ۳۵ (۲۷)، ۵-۴۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶). وسائل الشیعه. ج۳۰. چاپ سوم. قم: موسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- حکیم، سید محسن (۱۳۷۴). مسمتسک العروه الوثقی. ج۱۴. چاپ ۳. قم: دار التفسیر.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۶). منهاج الصالحین. ج۲. بدون نوبت چاپ. لبنان: دار التعارف للمطبوعات.



خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۸). موسوعة الإمام الخوئی. ۵۰ ج. بدون نوبت چاپ. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

خوئی، ابوالقاسم؛ و خوئی، محمد تقی (بی تا). مبانی فی شرح العروه الوثقی. ۳ ج. بدون نوبت چاپ. بی جا: موسسه الخوئی الاسلامیه.

سیستانی، علی (۱۴۱۵). منهج الصالحین (سیستانی). ۳ ج. چاپ اول. قم: مکتب آیت الله العظمی السید السیستانی.

صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۶). حقوق؛ واقعیت یا اعتبار، مطالعات حقوق خصوصی. ۴۱ (۴۷)، ۳۷-۴۸.

صدر، سید محمدباقر؛ و حائری، سید علیرضا (۱۳۷۹). حواله ۱. فقه اهل بیت، ۲۱ (۶)، ۳-۳۰.

طباطبائی، سید محمدصادق؛ و قنبری، سعیده (۱۳۹۹). ضمان عرفی؛ چهره‌ای از نظریه عمومی تعهدات. پژوهش‌های فقهی، ۴۳ (۱۶)، ۷۷۹-۷۹۹.

عبدی پور، ابراهیم؛ و جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۲). نفقه زوج و اقارب، تقابل دو مفهوم «دین و تعهد». حقوق اسلامی، ۳۹ (۱۰)، ۳۵-۶۲.

عبدی پور، ابراهیم؛ و سوری، محمد رسول (۱۴۰۲). تحلیل فقهی- حقوقی ماهیت و موضوع ضمان در اسناد تجاری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، حقوق نوشته، و کامن لا). حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)، ۴۲ (۲۰)، ۲-۱۳.

علامه حلی، حسن ابن یوسف (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء، جلد ۱۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد؛ امام خمینی، روح الله؛ و مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) (۱۴۲۵). تفصیل الشریعة (المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین، الرهن، الحجر، الضمان، الحوالة، الكفالة، الوكالة، الإقرار، الهبة). چاپ اول. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).

فخرالمحققین، محمد بن حسن؛ اشتهااردی، علی پناه؛ موسوی کرمانی، حسین؛ بروجرودی، عبد الرحیم؛ و کوشان پور، محمد حسین (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد. ۴ ج. چاپ اول. قم: اسماعیلیان.

فیاض، محمد اسحاق (بی تا). رساله توضیح المسائل، بی جا: بی نا.

\_\_\_\_\_ (بی تا). منهج الصالحین (فیاض). ۳ ج. چاپ اول. قم: مکتب سماحة آية الله العظمی الحاج الشيخ محمد اسحاق الفیاض.

فیومی، احمد بن محمد؛ و محمد، یوسف شیخ (۱۴۲۸). المصباح المنیر. بدون نوبت چاپ. بیروت: المكتبة العصرية.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی-قرارداد-ایقاع. چاپ دوم. تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.

\_\_\_\_\_ (۱۳۹۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین. ۲ جلد. چاپ بیست و یکم. تهران: انتشارات گنج دانش.

کاشانی، سید محمود (۱۳۹۴). حقوق مدنی؛ قراردادهای ویژه. چاپ دوم. ویراست اول. تهران: میزان.

محقق داماد، سید مصطفی؛ و گندم‌کار، رضا حسین (۱۳۸۰). ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران (تضامن منفی). علوم انسانی دانشگاه الزهراء (س)، ۴۰ (۱۱)، ۱۴۱-۱۶۸.

محمدی، سام؛ و یحیی پور، جمشید (۱۳۸۹). تضامن عقدی در حقوق مدنی ایران. نظریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۳ (۲)، ۹۳-۱۰۸.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد؛ و عراقی، مجتبی (بی‌تا). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، ۱۴ ج. بدون نوبت چاپ. موسسه النشر الاسلامی.

موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۹). عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی. وقف میراث جاویدان، ۳۱-۳۲ (۸)، ۲۴-۱۲.

نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۵). بررسی حکم وضعی و تکلیفی دین در عقد ضمان. دین و قانون، ۱۲ (۴)، ۱۳۴-۱۰۹.

\_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). ذمه و عهده در فقه شیعه. فقه و اصول (دانشگاه فردوسی مشهد)، ۹۰ (۴۴)، ۱۵۵-۱۷۶.

یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۹). طرح نظریه تعهدات ایقاعی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. مطالعات حقوق خصوصی، ۵۵ (۵۰)، ۶۲۷-۶۴۶.

یزدی، محمد کاظم؛ و مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸). العروه الوثقی مع تعلیقات. ۲ ج. چاپ اول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).

یزدی، محمد کاظم؛ و موسسه النشر الاسلامی (۱۴۲۰). العروه الوثقی. ۶ ج. چاپ اول. قم: موسسه نشر الاسلامی.